



26 SETTEMBRE 2018

Le criticità di un primo monitoraggio del FOIA italiano: il ruolo di Anac, Garante privacy e giudici amministrativi

di Federica Notari

Dottoranda di ricerca in Diritto e Impresa
Luiss Guido Carli – Roma

Le criticità di un primo monitoraggio del FOIA italiano: il ruolo di Anac, Garante privacy e giudici amministrativi*

di Federica Notari

Dottoranda di ricerca in Diritto e Impresa
Luiss Guido Carli – Roma

Sommario: **1.** Premessa: il modello FOIA e le tre tipologie di accesso; **2.** L'attuazione della normativa sull'accesso civico generalizzato: il ruolo dell'ANAC e del Centro nazionale di competenza FOIA; **2.1** I pareri del Garante privacy ex art. 5, comma 7 del decreto trasparenza; **2.2** La giurisprudenza dei TAR in materia di accesso civico generalizzato; **2.3** Il monitoraggio del Dipartimento della funzione pubblica e dell'ANAC; **3.** Note conclusive: un primo bilancio sull'applicazione del FOIA italiano.

1. Premessa: il modello FOIA e le tre tipologie di accesso

Sono trascorsi ormai due anni da quando il decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97 ha introdotto, con effetti a partire dal 23 dicembre 2016, una forma di accesso civico “universale” a dati e documenti pubblici, con modifiche di non poco rilievo al cd. *decreto trasparenza*¹, approvato appena tre anni prima. Il sistema di accesso civico generalizzato previsto dalla riforma, ispirata al modello del *Freedom of Information Act* (FOIA) statunitense², prevede che chiunque, indipendentemente dalla titolarità di situazioni giuridicamente rilevanti e senza obbligo di motivare la richiesta, possa accedere a documenti e dati detenuti dalle amministrazioni pubbliche, ulteriori rispetto a quelli oggetto di un obbligo di pubblicazione, nel rispetto di una serie di limitazioni, a carattere obbligatorio³ o facoltativo⁴.

* Articolo sottoposto a referaggio.

¹ Decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, *Riordino della disciplina riguardante il diritto di accesso civico e gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni*. Sulle modifiche apportate dal d.lgs. n. 97/2016 al *decreto trasparenza*, cfr.

² Sul punto si rinvia a P. Falletta, *Il freedom of information act italiano e i rischi della trasparenza digitale*, in www.federalismi.it, 30 novembre 2016, p. 1 in cui l'autore ha evidenziato come il FOIA italiano abbia mutuato il principio della *full disclosure* degli atti pubblici dal modello statunitense e, in particolare, tre aspetti: il doppio binario tra obblighi di pubblicazione e richieste di accesso civico; l'accessibilità, in linea di principio, “universale” ai dati e documenti delle pubbliche amministrazioni; l'assenza di un interesse specifico alla conoscenza degli atti pubblici.

³ Il terzo comma dell'art. 5-bis del d.lgs. n. 33/2013 prevede esclusioni al diritto di accesso “*nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990*”.

⁴ L'art. 5-bis del d.lgs. n. 33/2013 prevede i limiti all'accesso civico generalizzato a tutela di interessi pubblici, al primo comma (la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico; la sicurezza nazionale; la difesa e le questioni militari; le relazioni internazionali; la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato; la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento; il regolare svolgimento di attività ispettive) e interessi privati, al secondo comma (la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia; la libertà e la segretezza della

In linea con le discipline FOIA previste negli ordinamenti liberal-democratici, nell'Unione europea e in alcune organizzazioni internazionali⁵, la finalità della normativa, espressa dal novellato art. 5, comma 2 del d.lgs. n. 33/2013, è quella di favorire “*forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico*”⁶.

La nuova forma di accesso civico - in cui assume un ruolo centrale l'evoluzione tecnologica che favorisce una totale accessibilità e conoscenza delle informazioni⁷ - ha rappresentato un ulteriore avanzamento dell'attuazione del principio di trasparenza amministrativa⁸. Il d.lgs. n. 33/2013 aveva, difatti, già rafforzato il versante attivo della trasparenza, la cd. *proactive disclosure*, attraverso la previsione di un dovere di pubblicazione da parte delle amministrazioni pubbliche delle informazioni ritenute maggiormente rilevanti dal legislatore. Il decreto FOIA ha aggiunto la cd. *reactive disclosure* ossia la possibilità per chiunque di esigere dalle amministrazioni pubbliche qualsiasi tipo di informazione, non soggetta a limitazione.

In base a tali considerazioni, e alla luce di quanto stabilito dalle Linee Guida dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) del dicembre 2016⁹ e dai pareri del Garante per la protezione dei dati personali¹⁰, il nuovo strumento di trasparenza coesiste e differisce dalle altre due tipologie di accesso sopra richiamate¹¹. Il triplice canale di accesso è reso necessario, innanzitutto, per distinguere l'accesso civico

corrispondenza; gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali).

⁵ Cfr. R. Tarchi, *Il diritto d'accesso nella prospettiva comparata*, in C. Colapietro (a cura di), *Il diritto di accesso e la Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi a vent'anni dalla legge n. 241 del 1990*, Napoli, 2012, p. 141 ss.; R. Vleugels, *Overview of all FOI laws*, 30 settembre 2012, p. 2 (www.right2info.org), in cui, nel 2012, vengono inclusi anche Zimbabwe e l'Italia tra i 93 sistemi di FOIA previsti nel mondo, precisando, tuttavia, che le rispettive leggi sono meno avanzate; G. Sgueo, *L'accessibilità ad atti e informazioni nell'Unione europea: un percorso in divenire*, in A. Natalini - G. Vesperini (a cura di), *Il big bang della trasparenza*, Napoli, 2015, p. 163 ss.

⁶ Come evidenzia M. Savino, *Il FOIA italiano. La fine della trasparenza di Bertoldo*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, n. 5/2016, pp. 2-3, anche la normativa del 2013 si basava sul medesimo fine “dichiarato”: valorizzare la trasparenza in ottica democratica in modo da consentire la partecipazione consapevole dei cittadini ai processi decisionali ed esercitare un controllo diffuso sull'esercizio dei poteri pubblici. Tuttavia, il d.lgs. n. 33/2013, secondo l'autore, si fondava anche su un fine “non dichiarato” ossia favorire un'apertura graduale della pubblica amministrazione all'accessibilità totale in modo da realizzare un compromesso tra le pressioni esterne e la diffidenza del ceto politico-amministrativo.

⁷ Sul punto si rinvia a P. Falletta, *op. cit.*, p. 4.

⁸ Sull'evoluzione della normativa italiana in materia di trasparenza amministrativa cfr. a A. Police, *New instruments of Control over public Corruption: the Italian Reform to restore Transparency and Accountability*, in *Dir. econ.*, 2015, p. 189 ss.; A. Porporato, *Il “nuovo” accesso civico “generalizzato” introdotto dal d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97 attuativo della riforma Madia e i modelli di riferimento*, in www.federalismi.it, 14 giugno 2017, p. 1 e ss.

⁹ Linee guida recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui all'art. 5 co. 2 del d.lgs. 33/2013 adottate con delibera n. 1309 del 28 dicembre 2016.

¹⁰ Si fa riferimento ai pareri adottati dal Garante privacy ai sensi dell'art. 5, comma 7, del D.lgs. 33/2013.

¹¹ Sulla coesistenza e sovrapposizione tra le tre tipologie di accesso, si rinvia a S. Villamena, *Il cd. FOIA (o accesso civico 2016) ed il suo coordinamento con istituti consimili*, in www.federalismi.it, 30 novembre 2016.

semplice (2013) da quello generalizzato (2016) dato che l'art. 5 del decreto FOIA¹² tratta genericamente di “*accesso civico*”, riferendosi ad entrambe le tipologie di accesso. L'esistenza di un accesso documentale/tradizionale (1990)¹³ è, invece, finalizzata a garantire ai soggetti interessati la possibilità di esercitare le facoltà che la legge sul procedimento amministrativo attribuisce loro a tutela delle posizioni giuridiche rilevanti di cui sono titolari¹⁴.

Al fine di fornire un quadro sull'effettivo stato di attuazione della normativa in materia di accesso civico generalizzato da parte delle amministrazioni pubbliche interessate dal decreto FOIA. A tale scopo, saranno analizzati, di seguito, alcuni pareri del Garante per la protezione dei dati personali adottati ai sensi dell'art. 5, comma 7 del decreto trasparenza; le pronunce più rilevanti della giurisprudenza dei Tribunali Amministrativi Regionali (TAR); i dati dei monitoraggi effettuati dal Dipartimento della funzione pubblica e dell'ANAC relativi alle richieste FOIA presentate presso le amministrazioni pubbliche.

2. L'attuazione della normativa sull'accesso civico generalizzato: il ruolo dell'ANAC e del Centro nazionale di Competenza FOIA

In via preliminare, occorre soffermarsi, brevemente, sul ruolo e sulle attività dell'ANAC in merito all'implementazione della normativa in questione.

Il legislatore ha, innanzitutto, attribuito all'Autorità la competenza ad adottare Linee guida recanti indicazioni operative sui casi di esclusione e i limiti all'accesso civico generalizzato¹⁵. Al riguardo, alcuni autori hanno sollevato dubbi relativi sia all'utilizzo di strumenti di *soft law*¹⁶ in un settore particolarmente delicato – oltre che connesso all'impianto normativo¹⁷ - come quello delle limitazioni all'accesso, sia

¹² L'art. 5, primo comma del d.lgs. n. 33/2013 stabilisce: “*L'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione*”. Il secondo comma, dell'articolo richiamato, prevede, invece, che “*chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis*”.

¹³ L'art. 22 della legge 241/1990 disciplina l'accesso civico documentale.

¹⁴ Linee Guida ANAC, par. 2.

¹⁵ Art. 5-bis, comma 6 del d.lgs. n. 33/2013: “*Ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico di cui al presente articolo, l'Autorità nazionale anticorruzione, d'intesa con il Garante per la protezione dei dati personali e sentita la Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, adotta linee guida recanti indicazioni operative*”.

¹⁶ Ulteriore strumento di *soft law* è la Circolare n. 2/2017, emanata dopo sei mesi dall'entrata in vigore del decreto FOIA, adottata dal Dipartimento della funzione pubblica ed emanata dal Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, contenente raccomandazioni operative per l'attuazione della disciplina dell'accesso civico generalizzato.

¹⁷ Cfr. G. Gardini, *Il paradosso della trasparenza in Italia: dell'arte di rendere oscure le cose semplici*, in www.federalismi.it, 11 gennaio 2017, p. 3 in cui l'autore sottolinea, tra l'altro, come strumenti di *soft law* non possano garantire una soluzione a problemi legati all'impianto normativo.

sull'attribuzione di tale competenza ad un'Autorità amministrativa indipendente dal momento che non si trattava, di operare un bilanciamento imparziale di interessi¹⁸.

In secondo luogo, ai sensi dell'art. 45, comma 1, del d.lgs. n. 33/2013 come modificato dal decreto FOIA, l'Autorità svolge funzioni di controllo sia nei confronti delle amministrazioni sull'adempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa – avvalendosi anche di poteri ispettivi – sia verso i Responsabili per la trasparenza a cui può chiedere il rendiconto sui risultati del controllo svolto all'interno delle amministrazioni¹⁹.

All'ANAC, il legislatore ha, altresì, attribuito una competenza sanzionatoria per la violazione degli obblighi di pubblicazione²⁰: in quest'ottica, l'Autorità ha disciplinato, con proprio regolamento²¹, il procedimento per l'irrogazione delle sanzioni.

In linea alle considerazioni sin qui svolte sull'Autorità, occorre menzionare, in questa sede, la recente apertura delle consultazioni *online* sul sito istituzionale dell'ANAC finalizzate ad acquisire osservazioni ed elementi utili per la elaborazione del testo definitivo del Regolamento in materia dei procedimenti relativi alle istanze di accesso civico semplice, generalizzato e alle richieste di accesso documentale da parte dei soggetti interessati entro il 2 luglio 2018²².

Nella stessa direzione, il Centro nazionale di competenza FOIA, istituito presso il Dipartimento della funzione pubblica, ha acquisito un ruolo di impulso e promozione alla corretta attuazione della normativa sull'accesso civico generalizzato da parte delle pubbliche amministrazioni. Il Centro nazionale di competenza FOIA - che nel maggio 2018 ha predisposto la piattaforma web www.foia.gov.it allo scopo di

¹⁸ Sul punto si rinvia a D.U. Galletta, *Accesso (civico) generalizzato ed esigenze di tutela dei dati personali ad un anno dall'entrata in vigore del Decreto FOIA: la trasparenza de "le vite degli altri"?*, in www.federalismi.it, 9 maggio 2018, pp. 7-8, in cui l'autrice sottolinea sia l'incertezza nell'attribuire una competenza del genere ad un'Autorità indipendente dato che si “*si trattava di specificare maggiormente (ed a fini di maggiore certezza del quadro giuridico di riferimento) scelte che sono profondamente intrinse del connotato della politica.*”

¹⁹ Art. 45, comma 1 del d.lgs. n. 33/2013: “*L'autorità nazionale anticorruzione, controlla l'esatto adempimento degli obblighi di pubblicazione previsti dalla normativa vigente, esercitando poteri ispettivi mediante richiesta di notizie, informazioni, atti e documenti alle amministrazioni pubbliche e ordinando di procedere, entro un termine non superiore a trenta giorni, alla pubblicazione di dati, documenti e informazioni ai sensi del presente decreto, all'adozione di atti o provvedimenti richiesti dalla normativa vigente ovvero alla rimozione di comportamenti o atti contrastanti con i piani e le regole sulla trasparenza.*”

Il comma 2 dello stesso articolo prevede che: “*L'autorità nazionale anticorruzione, controlla l'operato dei responsabili per la trasparenza a cui può chiedere il rendiconto sui risultati del controllo svolto all'interno delle amministrazioni. L'autorità nazionale anticorruzione può inoltre chiedere all'organismo indipendente di valutazione (OIV) ulteriori informazioni sul controllo dell'esatto adempimento degli obblighi di trasparenza previsti dalla normativa vigente.*”

²⁰ Art. 47 del d.lgs. n. 33/2013.

²¹ Regolamento in materia di esercizio del potere sanzionatorio ai sensi dell'articolo 47 del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, come modificato dal decreto legislativo 25 maggio 2016, n. 97.

²² L'ANAC ha avviato le consultazioni *online* il 12 giugno 2018 allo scopo di modificare e integrare lo schema di “*Regolamento disciplinante i procedimenti relativi all'accesso civico, all'accesso civico generalizzato ai dati e documenti detenuti dall'ANAC e all'accesso ai documenti amministrativi ai sensi della legge 241/1990.*”

favorire tra i cittadini la cultura del diritto di informazione²³ – coordina e supervisiona il processo di riforma della trasparenza amministrativa messo in atto dal decreto n. 97/2016 e, nel dettaglio, svolge le seguenti attività:

- supporta le pubbliche amministrazioni nell'adozione delle misure necessarie per l'attuazione della normativa FOIA, operando in modo coordinato con l'ANAC e con il Garante per la protezione dei dati personali;
- sviluppa le competenze del personale della pubblica amministrazione attraverso la promozione di attività formative in collaborazione con la Scuola Nazionale dell'Amministrazione (SNA) e con Formez PA;
- individua le *best practice* internazionali per consentire alle amministrazioni di erogare servizi informativi efficienti ai cittadini;
- promuove una cultura orientata alla trasparenza per rafforzare la credibilità dell'operato del potere pubblico e la fiducia dei cittadini nelle istituzioni;
- diffonde tra i cittadini la conoscenza delle opportunità offerte dal diritto all'accesso civico generalizzato.

2.1. I pareri del Garante privacy ex art. 5, comma 7 del decreto trasparenza

A partire dai primi mesi dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 97/2016, i Responsabili della trasparenza²⁴ delle singole amministrazioni hanno, frequentemente, chiesto il parere al Garante per la protezione dei dati previsto dall'art. 5, comma 7 del decreto trasparenza nei casi di diniego o differimento della richiesta di accesso generalizzato giustificati sulla base della tutela della protezione dei dati personali²⁵.

Nella maggior parte dei procedimenti di riesame, il Garante privacy ha ritenuto legittimi i casi di diniego di accesso posti in essere dalle amministrazioni pubbliche, presupponendo il verificarsi del pregiudizio concreto alla protezione dei dati personali dei controinteressati. L'Autorità, peraltro, ha messo in evidenza come non esista un principio di prevalenza del diritto alla conoscibilità rispetto agli altri diritti

²³ Attraverso il sito web, il Centro nazionale di competenza fornisce alle amministrazioni e ai cittadini l'accesso a contenuti, strumenti e indicazioni operative che riguardano: i riferimenti normativi che disciplinano l'accesso generalizzato e ne regolano l'attuazione; le indicazioni operative, FAQ e strumenti a supporto della gestione delle diverse fasi del procedimento FOIA; gli esiti dell'attività di monitoraggio dell'attuazione della normativa; una raccolta dei pareri del Garante per la protezione dei dati personali e della giurisprudenza amministrativa in materia.

²⁴ Ai sensi dell'art. 43 del d.lgs. n. 33/2013, all'interno di ogni amministrazione il Responsabile per la trasparenza, il cui nominativo viene indicato nel Piano triennale per la prevenzione della corruzione, svolge stabilmente un'attività di controllo sull'adempimento da parte dell'amministrazione degli obblighi di pubblicazione e, con i dirigenti responsabili delle amministrazioni, controlla e assicura la regolare attuazione dell'accesso civico.

²⁵ L'art. 5, comma 7 del d.lgs. n. 33/2013 prevede che, nei casi di diniego o differimento dell'istanza di accesso a tutela degli interessi di cui all'articolo 5-bis, comma 2, lettera a) il Responsabile per la trasparenza senta il Garante per la protezione dei dati personali, il quale si pronuncia entro dieci giorni dalla richiesta.

ugualmente riconosciuti dall'ordinamento²⁶.

Con riferimento, nello specifico, al bilanciamento tra l'interesse alla conoscenza e le opposte esigenze di protezione dei dati personali, l'aspetto che è stato frequentemente richiamato nei pareri del Garante, è la necessità di salvaguardare adeguatamente *“il diritto alla reputazione, all'immagine, al nome, all'oblio, nonché i diritti inviolabili della persona di cui agli artt. 2 e 3 della Costituzione.”*²⁷. Tuttavia, numerosi pareri hanno messo in evidenza come *“la motivazione contenuta nel provvedimento di diniego dell'istanza di accesso civico, eccessivamente sintetica, può non aver consentito all'istante di comprendere le effettive ragioni per cui l'ostensione dei dati richiesti determinerebbe un pregiudizio concreto”*²⁸ alla tutela di interessi dei controinteressati²⁹. Da un'analisi, più specifica, di alcuni dei pareri adottati nell'ambito dei procedimenti di riesame, si evidenzia come il Garante abbia, innanzitutto, giustificato il diniego di accesso alle richieste aventi ad oggetto dati sensibili. In tal senso, si è pronunciata l'Autorità nel caso di una richiesta di accesso all'elenco dei nominativi, con relativi indirizzi, dei beneficiari di pensione privilegiata destinata al personale militare con infermità o lesioni dipendenti da fatti di servizio, dal momento che comporterebbe *“la conoscenza di dati idonei a rivelare lo stato di salute dei soggetti interessati, per i quali è previsto un espresso divieto di diffusione da parte dei soggetti pubblici”* - ai sensi dell'art. 22, comma 8, del d. lgs. n. 196 del 30/6/2003 e art. 7-bis, comma 6, del d. lgs. n. 33 del 14/3/2013³⁰. Ad analoga conclusione è giunto il Garante in un caso avente ad oggetto provvedimenti di contributi, sussidi e attribuzioni di vantaggi economici in quanto rivelerebbero non soltanto lo stato di salute ma anche le situazioni di disagio economico-sociale delle persone fisiche destinatarie dei predetti provvedimenti³¹.

²⁶ Nel provvedimento n. 521 del 15 dicembre 2016, contenente l'Intesa sullo schema delle Linee guida ANAC recanti indicazioni operative ai fini della definizione delle esclusioni e dei limiti all'accesso civico, il Garante ha evidenziato come non esista la menzionata prevalenza di un diritto alla conoscenza, dato che se così fosse *“si vanificherebbe il necessario bilanciamento degli interessi in gioco che richiede un approccio equilibrato nella ponderazione dei diversi diritti coinvolti, tale da evitare che i diritti fondamentali di eventuali controinteressati possano essere gravemente pregiudicati dalla messa a disposizione a terzi - non adeguatamente ponderata - di dati, informazioni e documenti che li riguardano”*. Sul bilanciamento tra diritto alla conoscenza e diritto alla protezione dei dati personali, si rinvia a D.U. Galletta, *op.cit.*, p. 16 e ss., in cui l'autrice evidenzia come le amministrazioni pubbliche, nell'accoglimento o diniego dell'istanza di accesso civico generalizzato debbano compiere *“quella valutazione che rientra nello schema di ragionamento tipico del principio di proporzionalità, sotto il profilo dei suoi due parametri della necessità e della proporzionalità in senso stretto”*.

²⁷ Numerosi sono i pareri del Garante nei quali vengono richiamati i diritti menzionati, tra i più rilevanti i pareri n. 187 del 10 aprile 2017; n. 362 del 18 agosto 2017; n. 377 del 21 settembre 2017; n. 476 del 16 novembre 2017; n. 506 del 30 novembre 2017; n. 515 del 7 dicembre 2017.

²⁸ A titolo esemplificativo, il parere n. 190 del 10 aprile 2017.

²⁹ L'art. 5, comma 6 del d.lgs. n. 33/2013 prevede che il rifiuto, il differimento e la limitazione dell'accesso devono essere motivati con riferimento ai casi e ai limiti stabiliti dall'articolo 5-bis. Aspetto precisato, altresì, nelle menzionate Linee Guida Anac, al paragrafo 5.3, in cui si evidenzia che in caso di diniego totale o parziale, *“l'amministrazione è tenuta a una congrua e completa motivazione”*.

³⁰ Parere n. 188 del 10 aprile 2017.

³¹ Parere n. 206 del 27 aprile 2017.

Il Garante si è pronunciato, peraltro, in numerosi procedimenti di riesame aventi ad oggetto istanze finalizzate alla conoscenza di dati e informazioni riguardanti il rapporto di lavoro tra dipendenti pubblici, controinteressati alle richieste FOIA, e pubbliche amministrazioni, inclusi provvedimenti disciplinari e sanzionatori. Così, il diniego di accesso civico riguardante la conoscenza della presenza o meno in servizio - in alcune date precisamente indicate - di un ex dipendente della Fondazione IRCSS, è stato considerato legittimo considerando *“le ragionevoli aspettative di confidenzialità del lavoratore e indipendentemente dalla circostanza, nel caso di specie, della intervenuta cessazione del rapporto di servizio con la Fondazione”*³². Ugualmente giustificato, ad avviso del Garante, è il rifiuto di accesso sia agli atti contenenti sanzione disciplinare irrogata a un dipendente comunale data la natura disciplinare del procedimento – oltre alla circostanza che, nel caso di specie, pendeva ancora un contenzioso giudiziario dinanzi al giudice del lavoro³³ - e sia agli atti detenuti dal Garante riguardanti comunicazioni ricevute da una società e ai relativi procedimenti di accertamento e di irrogazione di sanzioni amministrative, considerando che negli atti citati compaiono dati identificativi di dipendenti e collaboratori della società, nonché dati personali riferiti a soggetti segnalanti o coinvolti nelle verifiche³⁴.

Numerosi sono stati, altresì, i pareri del Garante privacy adottati nell’ambito dei procedimenti di riesame di istanze FOIA aventi ad oggetto atti e documenti di concorsi pubblici. In quest’ambito, è stata ritenuta illegittima la richiesta di accesso alle prove scritte di un concorso pubblico e alle rispettive valutazioni, presentate da un soggetto non partecipante al concorso stesso. Ad avviso dell’Autorità della privacy, *“l’elaborato scritto presentato a un concorso pubblico è, in linea di massima, indicativo anche di molteplici aspetti di carattere personale circa le caratteristiche individuali, relativi ad esempio alla preparazione professionale, alla cultura, alle capacità di espressione, o al carattere del candidato, che costituiscono aspetti valutabili nella selezione dei partecipanti”*. Per tali ragioni, nel caso si specie, doveva considerarsi preclusa anche l’eventualità di accordare un accesso parziale, dal momento che, nonostante l’anonimità dell’elaborato, a posteriori vi sarebbe stata la possibilità di re-identificare lo stesso, tramite la comparazione della relativa grafia³⁵.

³² Si fa riferimento al già citato parere n. 190 del 10 aprile 2017; da ultimo anche il parere n. 75 del 15 febbraio 2018. In modo parzialmente diverso si è pronunciato il Garante, con il parere n.189 del 10 aprile 2017, nel caso di una richiesta FOIA avanzata nei confronti di una società di servizio pubblico locale concernente gli obiettivi assegnati ai quadri aziendali e la natura ed entità delle indennità erogate. In quel caso, la richiesta è stata parzialmente accolta previo oscuramento di tutti i dati personali dei soggetti interessati.

³³ Parere n. 254 del 31 maggio 2017.

³⁴ Il Garante, nel caso di specie, non ha ritenuto giustificato neanche un accesso parziale data la presenza di informazioni aziendali, tecnico-industriali, commerciali, organizzative e finanziarie, attinenti al *know-how* aziendale (parere n. 434 del 26 ottobre 2017).

³⁵ Pareri n. 246 del 24 maggio 2017 e parere n. 433 del 26 ottobre 2017. In un altro procedimento di riesame, tuttavia, il Garante ha previsto una modalità di accesso parziale, attraverso oscuramento dei dati personali, ai verbali redatti dalla commissione valutatrice e concernenti lo svolgimento delle prove scritte di un concorso (parere n. 366 del 27 settembre 2017).

Nel bilanciamento tra tutela alla riservatezza e interesse alla conoscenza, gli unici casi in cui il Garante si è pronunciato in senso favorevole all'accoglimento di istanze FOIA hanno avuto ad oggetto dati e informazioni relativi a persone giuridiche. Così, non ha trovato giustificazione, ad avviso del Garante, il rifiuto della richiesta di accesso generalizzato ai verbali delle sedute del consiglio di amministrazione di una s.r.l., dal momento che la nozione di *“dato personale”* non si estende alle persone giuridiche³⁶.

2.2. La giurisprudenza dei TAR in materia di accesso civico generalizzato

Ai sensi del menzionato art. 5, comma 7 del decreto trasparenza, *“avverso la decisione dell'amministrazione competente o, in caso di richiesta di riesame, avverso quella del responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, il richiedente può proporre ricorso al Tribunale amministrativo regionale (TAR) ai sensi dell'art. 116 del Codice del processo amministrativo”*³⁷.

Contrariamente all'orientamento fornito dal Garante privacy nei pareri adottati nel primo anno e mezzo di operatività del decreto FOIA, le pronunce dei TAR hanno, tendenzialmente, affermato la prevalenza del diritto alla conoscibilità totale degli atti detenuti presso le amministrazioni pubbliche rispetto agli altri interessi e diritti garantiti dall'ordinamento, incluso quello della protezione dei dati personali. In questo senso, nella maggior parte dei ricorsi, i giudici amministrativi hanno ritenuto non giustificati i provvedimenti di diniego delle amministrazioni alle richieste di accesso civico³⁸. Innanzitutto, numerosi sono stati gli interventi giurisprudenziali che hanno affrontato la questione dei differenti ambiti di applicabilità delle tre tipologie di accesso previste dall'ordinamento. Il primo giudice che si è pronunciato al riguardo, poco dopo l'entrata in vigore della normativa FOIA, è stato il TAR Trento³⁹ che ha specificato come le istanze di accesso procedimentale *“documentale”* debbano essere valutate unicamente alla stregua della l. n. 241/1990, che opera su altro ambito e presenta diversi presupposti rispetto ai nuovi istituti previsti e disciplinati dall'art. 5 del d.lgs. n. 33/2013. In base a tali considerazioni, nel caso di specie il giudice ha ritenuto che il rilascio di copia dei documenti amministrativi non rientrasse nel diritto alla più ampia accessibilità alle informazioni riguardanti l'organizzazione e l'attività della pubblica amministrazione⁴⁰. Analogamente, il TAR Sicilia ha stabilito illegittimo il diniego

³⁶ Parere n. 49 del 9 febbraio 2017.

³⁷ D.lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

³⁸ Per una disamina sul ruolo assegnato dalla disciplina FOIA al giudice amministrativo si rinvia a A. Corrado, *Il silenzio dell'amministrazione sull'istanza di accesso civico generalizzato: quale possibile tutela processuale*, in www.federalismi.it, 1 marzo 2017.

³⁹ TAR Trento, sez. unica, 23 gennaio 2017 n. 21.

⁴⁰ Qualche mese più tardi, il TAR Veneto, sez. I, con ordinanza del 10 maggio 2017, n. 463 nel separare gli ambiti di applicabilità delle differenti tipologie di accesso, ha, tuttavia, respinto un'istanza FOIA presentata da un'associazione sindacale per l'acquisizione di dati sul trattamento economico e retributivo di alcuni insegnanti basandosi sul presupposto che l'accesso civico generalizzato non può essere utilizzato per superare, i limiti imposti

opposto a una richiesta di accesso, ai sensi della l. n. 241/1990, alle informative inviate da un dirigente scolastico alle rappresentanze sindacali unitarie e ai rappresentanti dei lavoratori per la sicurezza, dal momento che tali atti avrebbero potuto essere rilasciati in base a una richiesta di accesso FOIA. La normativa introdotta nel 2013 e modificata nel 2016, ad avviso del giudice, è divenuta la regola, limitata soltanto dalla previsione di eccezioni finalizzate a tutelare interessi pubblici e privati che possano essere pregiudicati dalla rivelazione di certe informazioni dall'interesse all'accesso⁴¹. Nel richiamare la *ratio* della normativa FOIA, il TAR Liguria ha dichiarato l'illegittimità di un provvedimento di diniego di accesso basato sulla presunta inammissibilità della finalità di *"controllo generalizzato dell'operato della pubblica amministrazione"*. Nel caso sottoposto all'esame del giudice, l'istanza di accesso era finalizzata a verificare il controllo da parte della polizia municipale, in un periodo di tempo determinato, sulle attività commerciali concorrenti analoghe a quelli svolti nei confronti della richiedente. Il diniego non è stato ritenuto giustificato dal momento che l'accesso civico generalizzato rende ammissibili anche richieste di tipo esplorativo, finalizzate a verificare l'operato delle amministrazioni pubbliche⁴².

La non sovrapposibilità tra le tre forme di accesso è stata richiamata, di recente, anche dal TAR Puglia che ha, in primo luogo, evidenziato come la previsione di un accesso civico generalizzato risponda all'esigenza di assicurare a tutti i cittadini *"la più ampia accessibilità alle informazioni, concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, integrazione del diritto ad una buona amministrazione, realizzazione di un'amministrazione aperta al servizio del cittadino, nonché utile strumento di contrasto alla corruzione e alla cattiva amministrazione"*. Il giudice ha, altresì, aggiunto che le diverse tipologie di accesso non corrispondono a un unico diritto soggettivo globale di accesso, bensì, costituiscono un insieme di sistemi di garanzia per la trasparenza, tra loro diversificati, corrispondenti ad altrettanti livelli soggettivi di pretesa alla trasparenza da parte della p.a. In tal senso, può sussistere una maggiore o minore estensione della legittimazione soggettiva *"a seconda della più o meno diretta strumentalità della conoscenza, incorporata negli atti e documenti oggetto d'accesso, rispetto ad un interesse protetto e differenziato, diverso dalla mera curiosità del dato, di colui che esprime sì il bisogno di accedere, ma con le modalità previste dalla specifica disciplina normativa invocata"*⁴³.

dalla l. n. 241/1990 e che opera su un piano differente rispetto alla normativa FOIA: nella l. 241, evidenzia il TAR, l'accesso è consentito ai soggetti che abbiano un interesse personale e diretto, al fine di tutelare una posizione soggettiva; nel decreto 33/2013 come modificato dal decreto FOIA, l'accesso civico generalizzato è finalizzato a tutelare i diritti dei cittadini, promuovere la partecipazione all'attività amministrativa e favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche. È, pertanto, escluso l'accesso ai dati personali concernenti il trattamento economico e retributivo, trattandosi di ipotesi nella quale l'art. 24, co. 6, l. sul procedimento amministrativo consente alle amministrazioni una limitazione dell'accesso.

⁴¹ TAR Sicilia, sez. II, 13 giugno 2017, n. 1579.

⁴² TAR Liguria, sez. I, 29 dicembre 2017, n. 1002.

⁴³ TAR Puglia, sez. III, 19 febbraio 2018, n. 231; alle stesse conclusioni, Consiglio di Stato, sez. IV, 13 luglio 2017, n. 3461, di riforma del TAR Emilia Romagna, sez. I, n. 798/2016.

Rilevanti sono state, peraltro, le pronunce dei TAR che hanno avuto ad oggetto i limiti e le esclusioni all'accesso civico ai sensi dell'art. 5-*bis* del decreto trasparenza⁴⁴. Anche in questi casi, l'orientamento prevalente della giurisprudenza è stato quello di ritenere illegittimi i provvedimenti di diniego posti in essere dalle amministrazioni pubbliche.

In quest'ambito rientra la sentenza del TAR Lazio che ha ritenuto ingiustificato il diniego opposto da un Comune alla richiesta del ricorrente di accedere ad alcuni atti emessi dalla stessa amministrazione. A parere del giudice, l'istanza non avrebbe arrecato un pregiudizio concreto alla tutela del superiore interesse pubblico alla conduzione di indagini sui reati e al loro perseguimento – come era stato motivato dal Comune - né aveva posto problemi relativi alla protezione di dati personali, dal momento che l'amministrazione avrebbe potuto oscurare parzialmente i dati o differire l'accesso in modo da proteggere gli interessi tutelati dalle eccezioni previste dalla normativa⁴⁵. A medesima conclusione è giunto il TAR Piemonte che ha annullato il diniego opposto ad un'istanza di accesso, avanzata da un ex dipendente licenziato, agli atti organizzativi e gestionali di una società di servizi sottoposta a controllo pubblico. Nel caso in esame, la richiesta di accesso alle determinazioni del Consiglio di amministrazione della società era stata negata sulla base della presunta violazione dei dati personali, nonché per il potenziale pregiudizio a interessi di natura economico-commerciale della società. In relazione alla tutela della riservatezza, il Tribunale ha ritenuto nel caso di specie non individuabili dati personali per i quali l'accesso avrebbe potuto pregiudicarne la tutela. Con riferimento al secondo motivo, i dati sulla struttura e sull'organizzazione di una società a controllo pubblico rientravano all'interno di eccezioni, rimanendo impregiudicato ogni interesse industriale-commerciale della società⁴⁶.

Il limite all'accesso concernente il pregiudizio concreto agli interessi economici e commerciali è stato oggetto, altresì, di una pronuncia del TAR Liguria in cui è stato stabilito che la richiesta di accesso ed estrazione della copia di documenti riguardanti l'attività di un'autorità portuale, da quest'ultima negata, dev'essere oggetto *“di attenta analisi, nonché di una corretta interpretazione del quadro normativo vigente in materia di accesso, improntato alla più ampia trasparenza e partecipazione dei cittadini all'operato della pubblica amministrazione”*. Il Tribunale amministrativo ligure ha affermato che l'art. 31 del d.lgs. n. 33/2013⁴⁷ non vieta l'ostensione

⁴⁴ Le principali pronunce dei TAR, che saranno affrontate di seguito, hanno ad oggetto casi di diniego di accesso posti in essere dalle amministrazioni ai sensi dell'art. 5-*bis*, commi 1 e 2 del d.lgs. n. 33/2013 (le cd. *esclusioni relative o qualificate*, par. 7 e 8 delle Linee Guida ANAC). Per le pronunce riguardanti provvedimenti di diniego giustificati dalla presenza delle cd. *eccezioni assolute* (par. 6, Linee Guida ANAC) ai sensi dell'art. 5-*bis* del d.lgs. n. 33 si vedano due sentenze del TAR Lazio: sez. I, 3 giugno 2017, n. 7592 e sez. II-*bis*, 27 luglio 2017, n. 9023.

⁴⁵ TAR Lazio, sez. II, 28 luglio 2017, n. 9043.

⁴⁶ TAR Piemonte, sez. II, 24 luglio 2017, n. 886.

⁴⁷ Art. 31, d.lgs. n. 33/2013: *“Le pubbliche amministrazioni pubblicano gli atti degli organismi indipendenti di valutazione o nuclei di valutazione, procedendo all'indicazione in forma anonima dei dati personali eventualmente presenti. Pubblicano, inoltre, la relazione degli organi di revisione amministrativa e contabile al bilancio di previsione o budget, alle relative variazioni e al conto*

dei verbali degli organi di valutazione sull'attività delle autorità, ma prevede la possibilità, da parte dell'ente, di anonimizzare nominativi oggetto di controllo. In aggiunta, il richiamo all'art. 5-*bis*, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 33/2013, secondo il giudice, se, per un verso, può costituire un limite all'ostensione degli atti, a patto che le ragioni ostative siano motivate, per altro verso, *“deve tenere conto della circostanza per cui quando la riservatezza ovvero il segreto commerciale invocati riguardino un'attività d'impresa che si svolge utilizzando dei beni pubblici, l'amministrazione deve effettuare un'adeguata ponderazione tra la protezione del diritto alla discrezione e del segreto commerciale o tecnologico e il rilievo che l'utilizzo privato di un bene pubblico ha per l'attività imprenditoriale insediata su di esso”*⁴⁸.

Con riferimento al rifiuto di istanza di accesso civico giustificato dal pregiudizio alla protezione dei dati personali, una recente sentenza del TAR Lombardia ha ritenuto illegittimo il provvedimento di diniego alla richiesta di accesso a documenti relativi a una procedura di selezione pubblica, giustificato dalla presenza di dati personali sensibili e, in particolare, riguardanti informazioni di carattere psicoattitudinale. In questa sede, il TAR ha specificato che nella nozione di dati psicoattitudinali, per i quali vale una eccezione, rientrano soltanto le informazioni acquisite nei concorsi pubblici attraverso indagini eseguite da figure specialistiche, che intrattengono colloqui clinici e somministrano test scientifici validati. Restano, pertanto, escluse le tipologie di selezione basate su questionari motivazionali o sullo svolgimento di colloqui collettivi o individuali, come nel caso di specie, condotti da soggetti non qualificati. Il TAR ha accolto il ricorso con ostensione dei documenti richiesti e oscuramento dei dati strettamente personali e ha specificato che la documentazione prodotta ai fini della partecipazione a una gara di appalto *“esce dalla sfera esclusiva del titolare partecipante per formare oggetto di valutazione comparativa, essendo inserita in un procedimento caratterizzato dai principi di concorsualità e trasparenza”*⁴⁹. Sul limite previsto all'art. 5-*bis*, comma 2, let. a), si è pronunciato, altresì, il TAR Campania che ha ritenuto illegittimo il diniego all'accesso degli atti contenenti le presenze al lavoro in un determinato periodo di tempo di un dipendente di una società sottoposta a controllo pubblico. Ad avviso del TAR, l'ente avrebbe dovuto impiegare la tecnica del bilanciamento per ponderare la tutela dei dati personali del controinteressato con l'interesse pubblico alla *disclosure* generalizzata. Nel bilanciamento tra i due interessi in gioco, nel caso di specie, il giudice ha ritenuto prevalente il diritto del richiedente alla conoscenza, tenuto anche conto che l'amministrazione, nel fornire i dati sulle presenze, avrebbe potuto omettere tutte le informazioni connesse, correlate alle informazioni sensibili del controinteressato, quali per esempio l'astensione dal lavoro per malattia. In quest'ottica, gli

consuntivo o bilancio di esercizio nonché tutti i rilievi ancorché non recepiti della Corte dei conti riguardanti l'organizzazione e l'attività delle amministrazioni stesse e dei loro uffici”.

⁴⁸ TAR Liguria, sez. I, 13 novembre 2017, n. 826.

⁴⁹ TAR Lombardia, sez. I, 12 marzo 2018, n. 303.

atti contenenti le presenze del personale in servizio *“rientra proprio nell’ambito della possibilità di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche, finalizzato alla partecipazione al dibattito pubblico. Né l’amministrazione può legittimamente assumere quale unico fondamento del diniego di accesso la mancanza del consenso da parte dei soggetti controinteressati, atteso che la normativa, lungi dal rendere i controinteressati arbitri assoluti delle richieste che li riguardino, rimette sempre all’amministrazione destinataria della richiesta il potere di valutare la fondatezza della richiesta stessa, anche in contrasto con l’opposizione eventualmente manifestata dai controinteressati”*⁵⁰.

Le pronunce dei TAR che hanno dichiarato la legittimità dei provvedimenti di diniego posti in essere dalle amministrazioni pubbliche – diversamente da quelle sin ora analizzate – hanno avuto ad oggetto istanze di accesso considerate dai giudici generiche e/o eccessivamente onerose.

Così, il TAR Lazio ha ritenuto illegittima una richiesta di accesso atteneva alle fatture e ricevute di pagamento relativi al rapporto tra una società municipalizzata e una società aggiudicataria di una gara di appalto. Nel caso di specie, il TAR ha evidenziato che l’interesse all’accesso e alla conoscenza delle informazioni relative all’attività della p.a., non deve prescindere da una domanda che abbia un contenuto circoscritto e puntuale e che non sia di intralcio al funzionamento della pubblica amministrazione⁵¹.

Analogamente, il TAR Lombardia ha considerato non giustificata l’istanza di accesso civico finalizzata ad ottenere copia di una mole irragionevole di documenti che - comportando la necessaria apertura di numerosi subprocedimenti coinvolgenti anche i soggetti controinteressati - rappresenta una manifestazione sovrabbondante, pervasiva e, in ultima analisi, contraria a buona fede dell’istituto dell’accesso generalizzato in quanto impone un *facere* straordinario, capace di aggravare l’ordinaria attività dell’amministrazione. Ad avviso del Collegio, una simile richiesta altro non sarebbe se non una declinazione del principio di abuso del diritto e di violazione del principio di buona fede⁵².

I principi posti alla base della azione amministrativa sono stati richiamati, di recente, anche dal TAR Puglia⁵³ che, a fronte di una richiesta di accesso civico generalizzato relativa a una notevole

⁵⁰ TAR Campania, sez. III, 13 dicembre 2017, n. 5901. Diversamente, su una questione analoga, si è pronunciato il TAR Lazio, sez. III-*bis*, 24 novembre 2017, n. 11628, che ha dichiarato non giustificata la richiesta di accesso FOIA finalizzata a prendere visione ed estrarre copia di un video, nella sua versione integrale, contenente la registrazione di una riunione del Collegio dei Direttori di un ente di ricerca vigilato, che in precedenza era stato pubblicato sul sito istituzionale dell’ente, in versione ridotta (con l’eliminazione di parti di conversazioni personali che esulano dalle finalità dell’incontro). Nel caso di specie, ad avviso del giudice, non emergevano le ragioni per cui l’accessibilità della ripresa relativa alla pausa pranzo avrebbe dovuto ritenersi strumentale al perseguimento delle funzioni istituzionali, all’utilizzo delle risorse pubbliche e a promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, come previsto dalla normativa in materia, piuttosto che a ragioni personali. L’accoglimento della richiesta di accesso avrebbe, dunque, comportato un’ingiustificata lesione della riservatezza.

⁵¹ TAR Lazio, sez. II, 7 luglio 2017, n. 8572. Si veda anche TAR Lazio, sez. II, 27 settembre 2017, n. 9940.

⁵² TAR Lombardia, sez. III, 11 ottobre 2017, n. 1951; analogamente, TAR Emilia Romagna, sez. II, 3 ottobre 2017, n. 645.

⁵³ TAR Puglia, sez. III, 19 febbraio 2018, n. 234.

mole di documenti negata dall'amministrazione sulla base della compromissione del buon andamento della pubblica amministrazione, ha, tuttavia, ritenuto non giustificato il provvedimento di diniego. Seppur il buon andamento rappresenta, ad avviso del Tribunale, un valore cogente e non recessivo, è necessario prendere in considerazione due aspetti: il primo riguarda il pregiudizio al buon andamento che non potendo essere in via generale affermato, richiede un'adeguata dimostrazione da parte dell'amministrazione che nega l'accesso, soggetto ad un onere motivazionale rafforzato; il secondo concerne il cd. *dialogo cooperativo* che l'amministrazione deve attivare con l'istante⁵⁴. Il mancato rispetto da parte dell'amministrazione dei due profili indicati dal giudice, ha comportato, nel caso di specie, la dichiarazione di illegittimità del diniego di accesso.

2.3. Il monitoraggio del Dipartimento della funzione pubblica e dell'ANAC

Allo scopo di verificare l'attuazione della normativa in materia di accesso civico, il Dipartimento della funzione pubblica e l'ANAC hanno monitorato, in periodi di tempo definiti, le richieste FOIA presso alcune amministrazioni pubbliche.

In primo luogo, il Dipartimento ha confrontato le richieste di accesso civico generalizzato pervenute ai Ministeri nei quattro trimestri del 2017. Le istanze complessivamente pervenute sono state 1146 di cui 987 evase, il 74% di queste entro 30 giorni. Il Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca, la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Ministero dell'Economia e Finanze e il Ministero dell'Interno hanno ricevuto il maggior numero di istanze nel periodo di riferimento⁵⁵.

In secondo luogo, nel periodo dicembre 2016 – settembre 2017, il Dipartimento, in collaborazione con il Formez PA, ha effettuato un'indagine su un campione di 132 amministrazioni territoriali comprendenti Regioni, Comuni metropolitani e Comuni capoluogo, attraverso la somministrazione di questionari⁵⁶. Le amministrazioni che hanno risposto all'iniziativa sono state: l'80% delle Regioni, l'89% dei Comuni metropolitani, il 79% dei Comuni capoluogo. Nel periodo di monitoraggio, sono pervenute 2068 istanze di cui 1971 evase, l'84,6% entro il termine di 30 giorni: 1775 sono state accolte totalmente, 77 parzialmente e 119 rigettate. Le principali motivazioni di rigetto sono state: la richiesta di dati o informazioni non posseduti dall'amministrazione; pregiudizio alla protezione dati personali; richiesta dati

⁵⁴ Il TAR Puglia, sul punto, ha richiamato la Circolare n. 2/2017 che evidenzia come nel caso di richiesta di accesso civico generalizzato capace di arrecare un pregiudizio al buon funzionamento dell'amministrazione, quest'ultima *"prima di decidere sulla domanda, dovrebbe contattare il richiedente e assisterlo nel tentativo di ridefinire l'oggetto della richiesta entro limiti compatibili con i principi di buon andamento e di proporzionalità"*.

⁵⁵ Gli esiti del monitoraggio sono consultabili al seguente link www.foia.gov.it/monitoraggio-foia/.

⁵⁶ Il Dipartimento e Formez PA hanno, recentemente, avviato la seconda e terza edizione del monitoraggio sullo stato di attuazione della normativa rivolto a Regioni e amministrazioni locali relativa ai periodi ottobre - dicembre 2017 e gennaio 2018 - 31 marzo 2018.

o informazioni non esistenti; richiesta generica caratterizzata da un oggetto non facilmente identificabile; interessi economici e commerciali di persona fisica o giuridica.

In ragione della competenza generale in materia di trasparenza amministrativa di cui si è detto, anche l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha avviato, a partire dal marzo 2017 un'iniziativa definita di *"Monitoraggio istituzionale"* dei dati sulle richieste FOIA di un campione di amministrazioni pubbliche allo scopo, da un lato, di aggiornare le Linee guida sopra richiamate e, dall'altro, di verificare lo stato di pubblicazione del Registro degli accessi⁵⁷ di un campione di amministrazioni nella sezione *"Amministrazione trasparente"*⁵⁸.

L'ANAC, nello specifico, ha selezionato un campione di 240 amministrazioni comprendenti Ministeri, Regioni, Città Metropolitane, Province, Comuni. Le amministrazioni che hanno aderito all'iniziativa, richiedendo l'abilitazione alla piattaforma di monitoraggio FOIA, sono state 55, il 23% delle Amministrazioni campionate, ma soltanto il 12% (29) ha trasmesso i dati sugli accessi FOIA. Le Amministrazioni attive nell'iniziativa di monitoraggio sono state per lo più quelle di grandi dimensioni ed appartenenti ai seguenti comparti: Ministeri, Regioni; Città metropolitane; Comuni con più di 15.000 abitanti. Fra le categorie proposte, le associazioni a tutela del consumatore hanno presentato il maggior numero di richieste di accesso (79 istanze). Le istanze monitorate hanno riguardato principalmente l'ambito "atti e provvedimenti" (28,82%; 198 istanze), di cui tre sono state oggetto di richieste di parere presentate al Garante per la protezione dei dati personali ai sensi dell'art. 5, co. 7, d.lgs. 33/2013. Con riferimento agli esiti delle richieste, il 65,35% delle istanze è stato accolto, il 63,18%, entro i termini di legge, con differimento il 2,18%, parzialmente il 6,11% mentre le istanze non accolte sono state pari al 18,63%.

Le ragioni di non accoglimento hanno riguardano principalmente la richiesta di "dati non detenuti dall'amministrazione" e la "richiesta di informazioni non già elaborate"; le eccezioni sono state eccepite nel 24,22% dei casi, distinguendo quelle assolute (7,81%) e quelle relative (16,41%). Le richieste di riesame sono state 26 di cui soltanto 4 presentate al difensore civico e 22 al Responsabile per la trasparenza (l'85%) e dallo stesso non accolte in 11 casi su 22. Sono, infine, risultati, per quanto comunicato, tre ricorsi al TAR per istanze afferenti a "atti e provvedimenti" a fronte di richieste FOIA presentate al Ministero dell'Interno.

⁵⁷ Il Registro degli accessi, come specificato dal par. 9 delle Linee Guida ANAC, è la raccolta organizzata delle richieste di accesso che le amministrazioni pubbliche devono pubblicare sui propri siti istituzionali contenente l'elenco delle richieste con l'oggetto e la data e il relativo esito con la data della decisione, aggiornato almeno ogni sei mesi e pubblicato nella sezione Amministrazione trasparente, "altri contenuti – accesso civico" del sito web istituzionale.

⁵⁸ Gli esiti del monitoraggio sono stati pubblicati sul sito istituzionale dell'Autorità nell'aprile 2018.

Nell'ambito dell'attività di monitoraggio, l'ANAC ha verificato nella sezione "*Amministrazione trasparente*" anche lo stato di pubblicazione del Registro degli accessi e la cadenza di aggiornamento. A fronte delle 124 amministrazioni monitorate – comprendenti le ASL dei capoluoghi di regione, le Autorità indipendenti, i Ministeri, le Giunte e i Consigli regionali, e le università statali di capoluoghi di regione – soltanto 64 hanno pubblicato il Registro all'interno dei rispettivi siti istituzionali. La cadenza di aggiornamento almeno semestrale, come indicato dalle Linee Guida ANAC, è stata rispettata soltanto dal 16% delle amministrazioni coinvolte (per il 53% annuale e il 4 % trimestrale).

3. Note conclusive: un primo bilancio sull'applicazione del FOIA italiano

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, a distanza di più di un anno dalla piena operatività del d.lgs. n. 97/2016, l'analisi dei pareri del Garante privacy, la giurisprudenza dei TAR intervenuta in materia e i monitoraggi periodici effettuati dal Dipartimento della funzione pubblica e dall'ANAC, oltre a delineare un primo quadro sull'effettiva attuazione della normativa, evidenzia alcune delle criticità che erano state messe in rilievo sin dal momento dell'entrata in vigore della normativa stessa. In primo luogo, seppur la riforma del 2016 abbia aggiunto nel nostro ordinamento un terzo livello di trasparenza amministrativa, la sovrapposizione normativa tra differenti tipologie di accesso rischia di essere controproducente tanto per gli interessati quanto per le amministrazioni soggette alla normativa. Aspetto che incide sia nel rapporto tra accesso civico semplice e accesso civico generalizzato che tra quest'ultimo e l'accesso documentale. Con riferimento al primo, il legislatore disciplina congiuntamente, ai commi 1 e 2 del decreto trasparenza, l'accesso civico semplice e quello generalizzato, utilizzando lo stesso *nomen iuris* e lasciando intendere di riferirsi a entrambe le forme di accesso laddove non sia espressamente specificato⁵⁹. Con riguardo agli effetti tra accesso civico generalizzato e accesso documentale, l'ordinamento sembra, peraltro, garantire una maggiore incisività del secondo rispetto al primo, dato che, come si è visto, le amministrazioni, nel bilanciamento tra accesso e *privacy*, hanno tendenzialmente rigettato le istanze FOIA per il convincimento che solo l'accesso documentale, basato sull'interesse concreto e qualificato, possa garantire l'ostensibilità dei documenti pubblici⁶⁰.

Al riguardo, l'ANAC, attraverso la predisposizione delle Linee Guida, e la giurisprudenza intervenuta in materia hanno tentato di colmare alcune delle lacune. Difficilmente, tuttavia, potranno fornire una soluzione ad un problema legato all'impianto normativo.

⁵⁹ Sul punto, si rinvia a G. Gardini, *op. cit.*, p. 4 e ss. in cui l'autore, al riguardo, evidenzia come il legislatore abbia fatto uso della tecnica del cd. *rinvio normativo circolare* attraverso cui si estendono tutte le limitazioni dell'accesso civico generalizzato a quello semplice.

⁶⁰ C. Tommasi, *Le prospettive del nuovo diritto di accesso civico generalizzato*, in www.federalismi.it, p. 16 e ss.

In secondo luogo, ulteriori criticità sorgono in relazione alla tutela accordata ai controinteressati, portatori di interessi contrapposti alle istanze di accesso civico quali, la libertà e la segretezza della corrispondenza, interessi economici e commerciali e, nella maggior parte dei casi, la protezione dei dati personali. Ai sensi della normativa, *“l'amministrazione cui è indirizzata la richiesta di accesso, se individua soggetti controinteressati, ai sensi dell'articolo 5-bis, comma 2, è tenuta a dare comunicazione agli stessi”*, i quali, entro dieci giorni dal ricevimento della comunicazione possono presentare motivata opposizione anche per via telematica, alla richiesta di accesso⁶¹. Tuttavia, l'amministrazione può accogliere l'istanza nonostante l'opposizione dei controinteressati e *“provvede a trasmettere al richiedente i dati o i documenti richiesti non prima di quindici giorni dalla ricezione della (...) comunicazione da parte del controinteressato”*⁶². Per un verso, il legislatore ha inteso garantire una tutela preventiva dei terzi - messa in rilievo anche dal Garante privacy⁶³ - dal momento che essi possono presentare le proprie ragioni di opposizione prima dell'adozione dell'istanza. Tutela, peraltro, ampliata dalla previsione che i controinteressati, in caso di accoglimento dell'istanza, possano presentare richiesta di riesame al Responsabile per la trasparenza o ricorrere al Difensore civico⁶⁴. Per altro verso, la disciplina non contiene alcuna disposizione che estenda al soggetto terzo i rimedi giurisdizionali previsti dal Codice del processo in materia di accesso, più celeri rispetto al rito ordinario⁶⁵.

Il monitoraggio effettuato dall'Autorità Nazionale Anticorruzione sulle istanze FOIA ha messo in rilievo, altresì, come il ruolo attribuito dalla normativa ai difensori civici, in relazione anche ai Responsabili per la trasparenza, non stia portando ai risultati sperati.⁶⁶ Ai sensi del comma 8 del d.lgs. n. 33/2013, nei casi di atti delle amministrazioni regionali o locali, *“il richiedente può altresì presentare ricorso al difensore civico competente per ambito territoriale, ove costituito. Qualora tale organo non sia stato istituito, la competenza è attribuita al difensore civico competente per l'ambito territoriale immediatamente superiore”*. Al di là della scarsa incidenza della difesa civica nel nostro ordinamento, in relazione alla disciplina FOIA, il legislatore non ha specificato se il procedimento di riesame del Responsabile per la trasparenza e ricorso al Difensore civico siano soluzioni alternative o cumulabili e non ha neppure chiarito se nel caso di diniego non motivato, nel riesaminare l'istanza, il Difensore civico debba dare comunicazioni ad eventuali controinteressati⁶⁷.

⁶¹ Art. 5, comma 5 del d.lgs. n. 33/2013.

⁶² Art. 5, comma 6 del d.lgs. n. 33/2013.

⁶³ Pareri n. 360 del 10 agosto 2017 e n. 50 del 9 febbraio 2017.

⁶⁴ Art. 5, comma 9 del d.lgs. n. 33/2013.

⁶⁵ Sul punto si rinvia a G. Gardini, *op. cit.*, p. 8 e ss. in cui l'autore evidenzia come la posizione di svantaggio dei controinteressati all'accesso sia stata accentuata dalla normativa FOIA rispetto a quella accordata dalla legge sul procedimento amministrativo. Al di là dell'estensione dei rimedi giurisdizionali ai controinteressati, l'autore sottolinea, peraltro, come la nuova disciplina non preveda, nel caso di accoglimento dell'istanza, un obbligo di motivazione nei casi in cui *“l'ostensione di un dato incontra l'opposizione o comunque lambisce diritti dei soggetti terzi”*.

⁶⁶ A fronte delle 26 richieste di riesame monitorate, solo quattro sono state presentate ai difensori civici competenti per ambito territoriale rispetto alle 22 riesaminate dai Responsabili per la trasparenza.

⁶⁷ Sul punto, si rinvia ancora a G. Gardini, *op. cit.*, p. 10 e ss.

In conclusione, la verifica del primo periodo di attuazione della normativa FOIA ha evidenziato un certo disallineamento rispetto alle intenzioni originarie del legislatore del 2016. La duplice finalità, espressamente indicata dal d.lgs. n. 97/2016, del controllo sull'attività della pubblica amministrazione e del coinvolgimento dei cittadini al dibattito pubblico, oltre che contribuire al contrasto di fenomeni corruttivi⁶⁸, dovrebbe necessariamente legarsi al rinnovamento generale del settore pubblico. Al riguardo, non si può prescindere dal contesto all'interno del quale la normativa sull'accesso civico generalizzato si inserisce, ossia la realtà digitale. Allo scopo di intervenire sulla *maladministration*⁶⁹, il web può certamente aumentare le possibilità di partecipazione, agevolare la conoscenza e rappresentare il veicolo di vigilanza dei cittadini sull'attività dei poteri pubblici. Tuttavia, al fine di limitare le logiche di deformazione delle opinioni che facilmente possono essere generate dal funzionamento della rete, in un'ottica di riforma in senso partecipativo e non autoritativo del settore pubblico, potrebbero essere garantiti, attraverso il web, momenti di discussione e di confronto tra cittadini e tra cittadini e amministratori, nel rispetto del principio della trasparenza⁷⁰.

⁶⁸ Cfr. B.G. Mattarella, *La prevenzione della corruzione in Italia*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2013, p. 123 e ss.

⁶⁹ Si rinvia a F. Merloni, *La trasparenza come strumento di lotta alla corruzione tra legge n. 190 del 2012 e d.lgs. n. 33 del 2013*, in B. Ponti (a cura di), *La trasparenza dopo il d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33*, Rimini, 2013.

⁷⁰ Sul punto si rinvia a P. Falletta, *op. cit.*, p. 10 e ss.